

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/37899>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

Publicatie	WPNR: Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
Uitgever	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
Jaargang	138
Publicatiedatum	01-09-2007
Afleveringsnummer	6721
Titel	Een nieuwe rechtsfiguur met oude wortels
Auteurs	Prof. mr. G. van Solinge, Hoogleraar ondernemingsrecht in Nijmegen en advocaat in Amsterdam. (gerard.vansolinge@allenovery.com)
Paginanummers	674-680
Rubriek	Artikel



WPNR 2007(6721) Een nieuwe rechtsfiguur met oude wortels

Een nieuwe rechtsfiguur met oude wortels

Introductie van de grensoverschrijdende juridische fusie in de Nederlandse wet

1. Een nieuwe rechtsfiguur

Eind 2005 deed het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJEG) een veelbesproken uitspraak. De vennootschap naar Duits recht SEVIC Systems AG wilde een grensoverschrijdende juridische fusie aangaan met haar volledige dochtervennootschap naar Luxemburgs recht. De beheerder van het Duitse handelsregister (Amtsgericht) weigerde deze fusie in te schrijven, omdat het Duitse vennootschapsrecht haar niet zou toelaten. Inschrijving in het handelsregister is naar Duits recht een constitutief vereiste, zodat de weigering de fusie tegenhield. De procedure die daarop volgde, eindigde bij het HvJEG via een prejudiciële vraag ex art. 234 EG. Het Hof concludeerde dat de weigering van de inschrijving in strijd is met de vestigingsvrijheid van art. 43 en 48 EG.[\[noot:1\]](#) Deze uitspraak was opmerkelijk omdat veelal werd en wordt aangenomen dat een dergelijke fusie niet mogelijk is zonder implementatie van de (tiende) richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen in het nationale recht van de lidstaten.[\[noot:2\]](#) Onmiddellijk rees dan ook de vraag of grensoverschrijdende fusies nu al - nog voor de inwerkingtreding van de aanhangige implementatiewet[\[noot:3\]](#) - mogelijk zouden zijn.[\[noot:4\]](#) In de Nederlandse doctrine werd die vraag verschillend beantwoord.[\[noot:5\]](#) Ruim een jaar later deed de kantonrechter in Amsterdam langs de lijnen van en met dezelfde uitkomst als het SEVIC-arrest een uitspraak in een vergelijkbare zaak.[\[noot:6\]](#) In mei 2007 kondigde Mittal Steel Company N.V. een grensoverschrijdende fusie aan waarbij zij zal verdwijnen en opgaan in haar volledige dochtervennootschap naar Luxemburgs recht, waarna deze Luxemburgse dochter juridisch zal fuseren met de eveneens Luxemburgse vennootschap Arcelor S.A.[\[noot:7\]](#) Nog voor de richtlijn is ingevoerd in de lidstaten van de Europese Unie (EU) en de landen die partij zijn bij de Europese Economische ruimte (EER) geniet de nieuwe rechtsfiguur warme belangstelling in de praktijk.

2. Oude wortels

Uit het begin van de 19e eeuw zijn twee rechterlijke uitspraken bekend waarin werd uitgemaakt dat een grensoverschrijdende fusie van een Duitse en een Luxemburgse vennootschap niet mogelijk was.[\[noot:8\]](#) Het moest kennelijk zo zijn dat de doorbraak van de

nieuwe rechtsfiguur een eeuw later - in het SEVIC-arrest - ook weer een Duits-Luxemburgse fusie betrof.

De oudst bekende rechterlijke erkenning van een grensoverschrijdende fusie van kapitaalvennootschappen, is kenbaar uit een uitspraak van het Obergericht Danzig uit 1928.[\[noot:9\]](#) Het Amtsgericht in Danzig weigerde de inschrijving van een fusie van een Aktiengesellschaft (AG) naar het recht van Danzig en een AG naar Duits recht. Het Amtsgericht en - in hoger beroep - ook het Landgericht oordeelden dat een fusie met een buitenlandse AG ontoelaatbaar zou zijn, omdat de fusievoorschriften van §§ 305 en 306 Handelsgesetzbuch (HGB) uitsluitend voor binnenlandse vennootschappen gelden en niet voor het geval dat de fuserende vennootschappen niet in dezelfde staat hun zetel hebben. Deze uitspraken waren in lijn met de toenmalige traditionele rechtsopvatting in Duitsland en ook met de in de vorige alinea genoemde oudere rechtspraak. De hoogste Danziger recht, het Obergericht, vernietigde deze uitspraken met een opmerkelijk moderne motivering.

Terzijde merk ik op dat deze uitspraak in de Duitse doctrine als niet ‘verallgemeinerungsfähig’ wordt beschouwd, omdat het ging om een fusie van vennootschappen die vielen onder weliswaar territoriaal gescheiden, maar materieel overeenstemmende rechtsstelsels.[\[noot:10\]](#) Dat

laatste is als volgt te verklaren. Danzig (thans: Gdańsk, Polen) behoorde sinds 1793 tot Pruisen en later het Duitse Rijk. Als gevolg van de Vrede van Versailles (1919) verkreeg Danzig in 1920 de status van ‘vrije stad’ onder auspiciën van de Volkenbond. Het bestuur werd uitgeoefend door Polen, maar de wetgevende vergadering werd beheerst door Duitse politieke partijen. De vrije stad Danzig had een eigen grondwet, gemodelleerd naar die van de Weimar-republiek. Het Duitse HGB, met daarin de fusieregeling van §§ 305 en 306, was ook na 1920 van kracht in Danzig.

Als gezegd, vernietigde het Obergericht Danzig (OG) de uitspraken van de lagere rechters. Allereerst, zo overwoog het OG in zijn beslissing, brengt het toenemende internationale handelsverkeer mee dat de fusie niet langer beperkt blijft tot binnenlandse vennootschappen. Voorts overwoog het OG dat de wet ten aanzien van de grensoverschrijdende fusie geen voorschriften kent; in het bijzonder ontbreekt een voorschrift dat een dergelijke fusie verbiedt. Er bestaan echter geen belemmeringen om de fusievoorschriften van het HGB overeenkomstig toe te passen, wanneer het gaat om een fusie met een buitenlandse vennootschap. Voorwaarde voor de toelaatbaarheid van een grensoverschrijdende fusie is dat aan alle wettelijke vereisten van zowel de verkrijgende als de verdwijnende vennootschap is voldaan. In het onderhavige geval is aan deze voorwaarde voldaan, aangezien in Danzig en in Duitsland dezelfde wettelijke fusievoorschriften gelden.

Vervolgens gaat het OG in op een drietal argumenten tegen de toelaatbaarheid van de grensoverschrijdende fusie. Het verwerpt een eerdere rechterlijke uitspraak[\[noot:11\]](#),

waarin werd bepaald dat de fusie een uitzonderlijke vorm van vermogensovergang onder algemene titel is, die slechts voor binnenlandse gevallen is toegelaten. Niet relevant in de ogen van het OG is de opvatting dat het HGB geen voorschriften voor een buitenlandse vennootschap kan geven; het vennootschapsstatuut van de buitenlandse vennootschap is hier doorslaggevend. Evenmin overtuigend vindt het OG de stelling dat de fusie tot binnenlandse gevallen beperkt moet blijven, omdat de fusievoorschriften vooral tot bescherming van de schuldeisers van de verdwijnende vennootschap zouden dienen. Weliswaar verslechtert hun

positie in zoverre dat zij hun (vorderings)rechten voortaan in het buitenland moeten zoeken, maar daarmee zijn de schuldeisers van een rechtspersoon niet slechter af dan de schuldeisers van een natuurlijk persoon, die het zich ook moeten laten welgevalen dat hun schuldenaar zijn woonplaats naar het buitenland verplaatst. Dan volgt een uitvoerige beschouwing, waaruit blijkt dat het OG de grensoverschrijdende fusie ziet als een zetelverplaatsing naar het buitenland[noot:12]

met aansluitend een - dan binnenlandse - fusie.

“... die Fusion mit einer ausländischen Gesellschaft als zulässig angesehen werden (muß), wenn das ausländische Recht, dem die übernehmende Gesellschaft unterworfen ist, die Gewähr bietet, daß sich die Fusion unter den gleichen gesetzlichen Vorschriften vollzieht, wie sie für das Inland gelten.”

Het OG bepaalt onomwonden dat een fusie “ins Ausland” naar Danziger (en het gelijkkluidende Duitse) recht principieel toelaatbaar is. Tevens wordt grond weggenomen voor de - ook nu nog levende - opvatting dat het nationale recht iets heeft te zeggen over de bevoegdheid tot fusie van een buitenlandse vennootschap.[noot:13] Het eigen recht van die buitenlandse vennootschap dient te bepalen of de grensoverschrijdende fusie toelaatbaar is en aan welke wettelijke voorschriften moet worden voldaan. Aldus formuleert het OG een simpele conflictregel: een grensoverschrijdende fusie wordt beoordeeld naar het vennootschapsstatuut van elk der betrokken vennootschappen. Voor de *werking* van deze conflictregel is het niet van belang dat de vennootschapsstatuten in het gegeven geval identiek waren. Het OG acht het wél van belang dat een grensoverschrijdende fusie zich onder dezelfde waarborgen voltrekt als een nationale fusie.

Het recht van vrije vestiging binnen de Europese Unie bestond in 1928 natuurlijk nog niet, maar het valt op dat de argumenten van toen nog steeds gelden. De door de OG geformuleerde conflictregel is in wezen de kern van de richtlijn en straks van de nationale regelingen.

3. Korte geschiedenis van de regelgeving

Na de Tweede Wereldoorlog is er op diverse niveaus en door verschillende regelgevers getracht tot een supranationale regeling te komen van de grensoverschrijdende fusie.[noot:14]

3.1. Haags Erkenningsverdrag 1956

Een van de eerste pogingen is te vinden in het Haagse Erkenningsverdrag.[noot:15] Dit Verdrag, dat in 1956 tot stand kwam in het kader van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht, trachtte te komen tot een regulering van het internationaal privaatrecht met betrekking tot rechtspersonen. Het werd een bloedeloos compromis tussen het incorporatiestelsel en het stelsel van de werkelijke zetel.[noot:16] Het verdrag is nooit in werking getreden, aangezien tot op heden de vereiste vijf ratificaties ontbreken.[noot:17] Art. 4 bevat een summier regeling van de fusie. Het eerste lid regelt de erkenning van de interne fusie. Het tweede lid bepaalt dat een fusie van vennootschappen met een verschillend vennootschapsstatuut die elk de fusie erkennen, ook in derde landen wordt erkend. Het gaat om de erkenning van het *resultaat* van de grensoverschrijdende fusie en niet om een regeling van het op de grensoverschrijdende fusie toepasselijke recht.[noot:18] Art. 4 voegde dan ook

niets toe aan een conflictenrechtelijke oplossing van de grensoverschrijdende juridische fusie.[\[noot:19\]](#)

3.2. EEG-Erkeningsverdrag 1968

Een tweede verdrag op het terrein van het internationale vennootschapsrecht is het Verdrag betreffende de onderlinge erkenning van vennootschappen en rechtspersonen, gesloten op 29 februari 1968 te Brussel.[\[noot:20\]](#) Dit zogenaamde EEG-Erkeningsverdrag werd gesloten op basis van het toenmalige art. 220, derde streepje EEG-Verdrag. Het Erkeningsverdrag is tot op heden niet in werking getreden, omdat Nederland het als enige van de oorspronkelijke zes lidstaten niet heeft geratificeerd. De in 1980 afgebroken onderhandelingen zijn na de toetreding van de nieuwe lidstaten niet hervat. Het is onwaarschijnlijk dat het EEG-Erkeningsverdrag ooit in werking zal treden.[\[noot:21\]](#)

Het Verdrag bevat geen bepalingen over fusie, omdat zij zou worden geregeld in een afzonderlijk verdrag, waarover de onderhandelingen ten tijde van het ondertekenen van het EEG-Erkeningsverdrag in 1968 nog in volle gang waren. Van enig - zij het gering - belang is dat het hierna te bespreken ontwerp-fusieverdrag verwees naar het EEG-Erkeningsverdrag.

3.3. Ontwerp verdrag internationale fusies van naamloze vennootschappen 1973

Het Ontwerp van Verdrag over de internationale fusie van naamloze vennootschappen werd gepubliceerd in 1973, nadat daarover vanaf 1965 was onderhandeld tussen de oorspronkelijke zes lidstaten onder leiding van prof. B. Goldman.[\[noot:22\]](#) In het toelichtende rapport werd de economische noodzaak van een regeling van de grensoverschrijdende juridische fusie onderzocht. Naar de mening van de Commissie-Goldman voldeed de omvang van de ondernemingen niet aan de eisen van de zich ontwikkelende grote markt en die van de concurrentie met ondernemingen uit derde landen.

In het ontwerp-fusieverdrag is niet gekozen voor een aanwijzing van de op een grensoverschrijdende fusie toepasselijke nationale wet. Dat zou ertoe hebben geleid dat de regeling van de grensoverschrijdende fusie, naar gelang het toepasselijke nationale fusierecht dat toen nog grote verschillen vertoonde, nu eens liberaler en dan weer restrictiever zou zijn. De keuze hoefde niet te worden gemaakt, omdat de verschillen spoedig uit de weg zouden worden geruimd door de op handen zijnde derde richtlijn en inderdaad zag nog tijdens de voorbereidingsfase van het ontwerp-fusieverdrag het eerste voorstel voor een derde richtlijn het levenslicht. De commissie-Goldman vreesde echter dat de derde richtlijn niet tot een volledige uniformering van de nationale fusie zou leiden. Bovendien zou, daar waar wel uniformiteit kon worden bereikt, de geboden oplossing in de derde richtlijn zich niet lenen voor de grensoverschrijdende juridische fusie. Daarom wilde de commissie-Goldman, naast oplossingen voor de conflicten tussen de nationale wetgevingen, ook materiële voorschriften in het verdrag opnemen. De hoofdregels zijn vastgelegd in materiële bepalingen. Waar mogelijk werd daarbij verwezen naar de hoofdregels van het voorstel voor een derde richtlijn uit 1970. Daar waar de derde richtlijn geen uniforme regeling geeft, verwijst het ontwerp-fusieverdrag door middel van conflictregels naar de toepasselijke nationale wet. Sporen van deze systematiek zijn terug te vinden in de uiteindelijke richtlijn.[\[noot:23\]](#)

Het ontwerp-fusieverdrag heeft veel moeilijkheden op zijn weg gevonden ten aanzien van het toepassingsgebied, de fiscale regelingen en de medezeggenschapsregelingen. Over het toepassingsgebied werden verschillende versies opgenomen en ten aanzien van de

medezeggenschap van de werknemers ontbrak iedere bepaling. Over de medezeggenschap verscheen als bijlage op het Rapport-Goldman een speciaal rapport.[\[noot:24\]](#) Kern van het probleem was (en is) dat sommige landen, zoals Nederland en Duitsland, de medezeggenschap op vennootschapsniveau wel hebben geregeld en andere niet. Aangezien bij een grensoverschrijdende fusie altijd ten minste één vennootschap verdwijnt en de overnemende of nieuwe vennootschap onder een andere wet ressorteert, kan dus ook het medezeggenschapsregime van de overgenomen vennootschap(pen) verdwijnen. De Duitse delegatie was bevreesd dat de grensoverschrijdende juridische fusie zou leiden tot een “Flucht aus der Mittbestimmung”. Andere lidstaten drongen aan op een regeling van de medezeggenschap - buiten het verdrag - in een richtlijn. De grote problemen die tijdens de voorbereidingsfase waren gerezen, werden zeker niet kleiner door de toetreding van nieuwe lidstaten na 1973. Er is nog onderhandeld met de nieuwe lidstaten Denemarken, Ierland en Groot-Brittannië, maar de onderhandelingen vielen geleidelijk stil om ten slotte in 1980, niet lang na de vaststelling van de derde richtlijn, volledig te worden opgeschort.[\[noot:25\]](#) Door het van kracht worden van de richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusies is in 2005 het ontwerp-fusieverdrag roemloos ten onder gegaan. Het toelichtende rapport-Goldman blijft echter van belang.

3.4 Derde richtlijn betreffende fusie van naamloze vennootschappen

In het Europa van de eerste zes lidstaten was de juridische fusie als rechtsinstrument niet in alle lidstaten geregeld. In de Franse, Italiaanse en Duitse wet was dit wel het geval. Ondanks het ontbreken van een wettelijke basis werd zij wel mogelijk geacht in België en Luxemburg.[\[noot:26\]](#)

Nederland kende in het geheel geen wettelijke regeling. Bovendien liepen de bestaande wettelijke regelingen van de lidstaten op essentiële punten uiteen.[\[noot:27\]](#) Harmonisatie van de nationale fusiewetgevingen was dan ook noodzakelijk.[\[noot:28\]](#) De definitieve versie van de derde richtlijn werd vastgesteld op 9 oktober 1978.[\[noot:29\]](#) Het toepassingsgebied van de derde richtlijn is beperkt tot fusies van naamloze vennootschappen, maar de meeste lidstaten hebben in hun nationale wet de juridische fusie ook mogelijk gemaakt voor vennootschappen van het BV-type (en andere rechtspersonen).

Door de vaststelling van de definitieve tekst van de derde richtlijn in 1978, kwam de weg vrij voor een regeling van de nieuwe rechtsfiguur in de Nederlandse wet. Tot die tijd werd de juridische fusie in Nederland voor onmogelijk gehouden.[\[noot:30\]](#) In het Ontwerp voor Boek 2 BW had E.M. Meijers wel een regeling voor de juridische fusie opgenomen. De reacties daarop waren verdeeld.[\[noot:31\]](#) Bij de Vaststellingswet van 1960 werd een van het Ontwerp licht afwijkend art. 2.1.12 voorgesteld. Bij de Invoeringswet van Boek 2 BW uit 1976 werd deze bepaling geschrapt, omdat inmiddels het voorstel voor de derde richtlijn inzake de juridische fusie was ingediend.[\[noot:32\]](#) De juridische fusie werd ingevoerd in de Nederlandse wet door middel van een Aanpassingswet die een nieuwe titel 6 van Boek 2 BW invoerde.[\[noot:33\]](#) Deze wet is op 1 januari 1984 in werking getreden. De Nederlandse wetgever breidde in navolging van andere lidstaten de werkingssfeer uit tot besloten vennootschappen. In 1987 is de toenmalige titel 6 van Boek 2 BW ook van toepassing verklaard op de stichting en de vereniging.[\[noot:34\]](#) Deze fusietitel kende sindsdien twee afdelingen, later is daar nog een afdeling inzake de juridische splitsing aan toegevoegd.[\[noot:35\]](#) Afdeling 1 bevat algemene bepalingen en afdeling 2 bevat bijzondere bepalingen voor fusie van NV's en BV's. In 1988 is bij een wetswijziging[\[noot:36\]](#) van Boek 2 titel 6 vernummerd tot titel 7. Sindsdien zijn de coöperatie en de onderlinge

waarborgmaatschappij afzonderlijke rechtspersonen en worden zij in titel 7 over de fusie apart vermeld.

3.5. Voorstel voor een tiende richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusie van naamloze vennootschappen 1985

Na de harmonisatie van het nationale fusierecht leek in 1985 de weg vrij voor een regeling van de grensoverschrijdende fusie. Aangezien het ontwerp-fusieverdrag en ook het statuut voor een Europese vennootschap (SE, zie hierna § 3.6) averij hadden opgelopen, koos de Europese Commissie voor de vorm van een richtlijn op basis van art. 54 lid 3 sub g EEG-Verdrag (nu: art. 44 EG). Dit werd het voorstel voor een tiende richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusie van naamloze vennootschappen.[\[noot:37\]](#)

De Europese Commissie zag zich geconfronteerd met dezelfde problemen die de opstellers van het ontwerp-fusieverdrag parten speelden; te weten de medezeggenschap, het toepassingsgebied en de fiscale problematiek. Het probleem van ongelijkwaardige medezeggenschapsregelingen werd omzeild zonder het op te lossen, zoals de Commissie toegaf.[\[noot:38\]](#) Lidstaten met een wettelijke regeling van de medezeggenschap mochten de bepalingen van de richtlijn buiten toepassing laten, indien het medezeggenschapsregime door de fusie zou dreigen te verdwijnen. Deze uitzondering gold totdat de medezeggenschap nader zou zijn geregeld in de vijfde richtlijn.[\[noot:39\]](#) Verder moesten vooral ook de fiscale belemmeringen uit de weg worden geruimd. De Europese Commissie had daartoe reeds in 1969 voorstellen ingediend. In 1990 is de fiscale fusierichtlijn[\[noot:40\]](#) ingevoerd, die de fiscale problematiek als belemmering heeft weggenomen.[\[noot:41\]](#) Toch bleek het voorstel voor een tiende richtlijn weinig levensvatbaar en is het door beslommingen in het Europees Parlement uiteindelijk geblokkeerd.[\[noot:42\]](#) Mede om die reden heeft de Europese Commissie in 1989 besloten de voorstellen voor een Statuut voor de Europese vennootschap nieuw leven in te blazen.⁴³

3.6. Verordening betreffende het Statuut van de Europese Vennootschap 2001 “

Bij een Europese markt horen Europese vennootschappen.”[\[noot:43\]](#) Als tastbaar element van de gemeenschappelijke markt zou het voor bedrijven uit verschillende lidstaten mogelijk moeten zijn in een supra-nationale rechtsvorm samen te werken. In 1959 werd het idee van een Europese vennootschap gelanceerd door Franse juristen. In de jaren zestig stelde de Europese Commissie een werkgroep in ter bestudering van dit vraagstuk.[\[noot:44\]](#) Zo ontstond het idee hiertoe een statuut voor een Europese vennootschap of Societas Europaea (SE) te ontwerpen. Een eerste ontwerp voor een SE-verdrag uit 1966 kwam van de hand van prof. Piet Sanders. Het statuut moest een complete, uniforme regeling geven van het vennootschapsrecht, het fiscale regime, het concernrecht en de medezeggenschap van werknemers van de SE. Van het begin af aan is het project geplaagd door problemen die ook bij de totstandkoming van de andere (E)EG-initiatieven op het gebied van de grensoverschrijdende samenwerking een rol speelden en nog steeds spelen. Via enkele gestrande ontwerpen, werd toch nog bij verrassing in 2001 de SE-Verordening vastgesteld.[\[noot:45\]](#) Van het oorspronkelijke ideaal van een uniforme regeling was niet veel overgebleven. De medezeggenschap van werknemers werd apart geregeld in een richtlijn, die de duidelijke sporen van moeizame onderhandelingen draagt.[\[noot:46\]](#) Verordening en richtlijn werden in Nederland ingevoerd in 2005.[\[noot:47\]](#) Daarmee werd de rechtsfiguur van de grensoverschrijdende fusie in de Nederlandse wet geïntroduceerd. Sindsdien kunnen Nederlandse vennootschappen over de grens een juridische vennootschap aangaan met een

rechtspersoon naar het recht van een andere lidstaat, zij het dat het eindresultaat van een dergelijke fusie altijd een SE is.[noot:48] Het SE-statuuut heeft uiteindelijk ook de richtlijn betreffende de grensoverschrijdende fusie weer losgetrokken.

3.7 Richtlijn betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen 2005

Met de ervaringen opgedaan in het SE-project, kon betrekkelijk eenvoudig de richtlijn worden vastgesteld op 26 oktober 2005.[noot:49] Voor de regeling van de medezeggenschap van werknemers op het niveau van de vennootschap verwijst art. 16 van de richtlijn naar de richtlijn 2001/86/EG (de rol van werknemers bij de SE). Uitgangspunt is dat de bestaande medezeggenschapsrechten niet worden aangetast door de grensoverschrijdende fusie en dat zij niet wordt gebruikt om de medezeggenschap te ontgaan.[noot:50]

De richtlijn verwijst direct en indirect naar de (derde) richtlijn betreffende nationale fusie. Daaruit blijkt dat de interne en de grensoverschrijdende fusie in grote lijnen aan elkaar gelijk zijn. Bij beide is het stramien:

1. Een gezamenlijk fusievoorstel en openbaarmaking daarvan;
2. Goedkeuring van de fusie door de bevoegde vennootschapsorganen van elke betrokken vennootschap;
3. Verslag van het bestuursorgaan van elke betrokken vennootschap;
4. Verslag van deskundigen (accountants e.d.) voor elke betrokken vennootschap;
5. Preventief toezicht door rechter of overheid, dan wel vastlegging van de goedkeuring in een authentieke (notariële) akte;
6. Datum waarop fusie van kracht wordt (vernietiging is dan niet meer mogelijk);
7. Inschrijving van de fusie in het openbare register.

Door de verschillen in de nationale wetten van de lidstaten was het nodig ten aanzien van de stappen 1, 5 en 6 bij een grensoverschrijdende fusie nadere voorschriften te stellen. Verder valt het op dat ten opzichte van de ontwerprichtlijn uit 1985 het in deze richtlijn ten aanzien van enkele onderwerpen kennelijk minder noodzakelijk werd geacht om een sterkere harmonisatie voor te schrijven. Het meest opvallend zijn het ontbreken van een regeling van de bescherming van schuldeisers en van houders van effecten in de verdwijnende vennootschap (zie art. 9 ontwerprichtlijn).[noot:51] De huidige richtlijn bepaalt slechts dat de rechten van en te nemen maatregelen jegens minderheidsaandeelhouders in het fusievoorstel worden vermeld (art. 5) en dat in de openbaarmaking van het fusievoorstel de rechten van de schuldeisers en de minderheidsaandeelhouders worden vermeld (art. 6). De regel dat een eenmaal van kracht geworden grensoverschrijdende fusie niet vernietigd kan worden (art. 12) is ook nieuw. Hoewel de reden duidelijk is - geen rechtsonzekerheid door de dreiging van een eventuele terugdraaien van de rechtsgevolgen - biedt dit verbod interessante, maar niet-bedoelde toepassingen. Bij een binnenlandse fusie loont het de moeite een buitenlandse dochter partij te maken bij de fusie. De fusie kan dan als rechtshandeling niet meer worden aangetast.[noot:52] Geconstateerd kan dus worden dat de bescherming van schuldeisers en minderheidsaandeelhouders minder aandacht heeft gekregen van de richtlijngever en meer wordt overgelaten aan het nationale recht. Deze richtlijn krijgt daarmee het karakter van een kaderrichtlijn met minimale harmonisatievoorschriften. Een ander recent voorbeeld daarvan is de uiteindelijke (dertiende) richtlijn betreffende het openbaar overnamebod.[noot:53] De Europese Unie laat hiermee andermaal zien dat de ambities ten aanzien van harmonisatie (en

unificatie, zoals bij de SE) naar beneden zijn bijgesteld. Dat past in een ontwikkeling die zich al enige jaren aftekent.

4. De Nederlandse implementatiewet

Sinds januari 2007 is in de Tweede Kamer de wet ter implementatie van de richtlijn in behandeling.[\[noot:54\]](#) De richtlijn draagt de lidstaten op om de implementatie op 15 december 2007 gereed te hebben. Kort voor het sluiten van de tekst van dit themanummer werd een nota van wijziging ingediend.[\[noot:55\]](#) Volgens het voorstel van wet komt er een nieuwe afdeling titel 3A in titel 7 van Boek 2 BW, waardoor dus bepalingen die mede van internationaalprivaatrechtelijke aard zijn een plaats krijgen in Boek 2 BW. Wetssystematisch is dat niet fraai, maar het is wel praktisch, al was het maar door de verwijzingen naar de eerste afdeling van titel 7.

Als gezegd komt de nieuwigheid dat de nietigheid van een eenmaal van kracht geworden grensoverschrijdende fusie niet kan worden uitgesproken, voort uit de richtlijn. Zij is dus niet een vinding van Nederlandse bodem. Wel van vaderlandse makelij is de schadeloosstelling van de minderheidsaandeelhouders van de verdwijnende Nederlandse vennootschap die tegen de grensoverschrijdende fusie hebben gestemd (art. 2:333h). De Raad van State heeft er terecht op gewezen dat dit terugtreedrecht geen equivalent kent bij de binnenlandse fusie.[\[noot:56\]](#) Dit onderscheid zal naar mijn verwachting niet stand houden bij het HvJEG in een prejudiciële procedure over strijdigheid met de vestigingsvrijheid (artt. 43 en 48 EG), waarschijnlijk ook niet indien als verweer wordt gevoerd dat art. 4 lid 2 van de richtlijn de lidstaten de ruimte laat om de positie van minderheidsaandeelhouders passend te beschermen. Het kabinet lijkt vooralsnog niet onder de indruk, want de bepaling is niet gewijzigd of geschrapt in de nota van wijziging. Voornaamste reden lijkt te zijn dat de minderheidsaandeelhouder na de fusie aandeelhouder van de verkrijgende buitenlandse vennootschap is geworden en daardoor de bescherming van het enquêterecht mist.[\[noot:57\]](#) Bij de vaststelling van de ruilverhouding leidt de schadeloosstelling tot complicaties. Het bedrag van de schadeloosstelling moet in het fusievoorstel worden vermeld, zodat aan de hand van de vereiste meerderheid de maximale som kan worden berekend.[\[noot:58\]](#) De schadeloosstelling biedt overigens de mogelijkheid om het door de wet (art. 2:325 lid 2) gestelde maximum van 10% voor de bijbetaling in geld te overschrijden. De schadeloosstelling kan immers oplopen tot de grootst mogelijke minderheid die tegen het aangenomen fusievoorstel heeft gestemd. Dit betekent de introductie van de (gedeeltelijke) *cash out merger* in het Nederlandse recht.[\[noot:59\]](#) De wetgever erkent dit en ziet geen bezwaar, omdat de schadeloosstelling niet een bijbetaling krachtens ruilverhouding is, maar in wezen een vorm van kapitaalvermindering.[\[noot:60\]](#)

Voor de Nederlandse notaris is een belangrijke rol weggelegd bij een grensoverschrijdende fusie. Bij binnenlandse fusies verklaart hij aan de voet van de fusieakte dat hem is gebleken dat, kortweg, de vormvoorschriften zijn nageleefd (art. 2:318). Die verklaring strekt zich bij een grensoverschrijdende fusie verder uit tot de vormvoorschriften van de nieuwe afdeling 3A. Verder moet hij onder meer nagaan of de schadeloosstellingsregeling is ingeroepen, en zo ja of er is betaald (als de Nederlandse vennootschap de verdwijnende is), dan wel of de medezeggenschapsregelingen zijn vastgesteld conform art. 2:333k. Aangezien in andere lidstaten andere systemen van toezicht op de rechtmatigheid van de fusie bestaan (bijvoorbeeld via de rechter of de beheerder van het handelsregister) zal de verklaring van de Nederlandse notaris naar gelang het geval ook dienst doen als een zgn. prefusie attest (art. 10 richtlijn).[\[noot:61\]](#)

Nieuw is ook de regeling van de grensoverschrijdende driehoeksfusie. Bij nota van wijziging is aan art. 2:333 een lid toegevoegd waarin deze bijzondere fusievariant wordt mogelijk gemaakt mits de verkrijgende vennootschap en de groepsmaatschappij (meestal de moeder van de verkrijgende vennootschap) hun zetel in Nederland hebben. Op die manier kan dus een vennootschap naar het recht van een lidstaat van de EU of de EER in het Nederlandse concern worden ingelijfd. De aandeelhouders van de verdwijnende buitenlandse vennootschap krijgen aandelen in de groepsmaatschappij “in ruil” voor het vermogen dat onder algemene titel overgaat op de verkrijgende Nederlandse dochter. Terecht merkt de minister in de nota van wijziging op dat een grensoverschrijdende driehoeksfusie slechts mogelijk is indien het andere betrokken rechtstelsel deze fusievariant erkent.[\[noot:62\]](#)

5. Slot

Naar het zich laat aanzien kent de Nederlandse wet over afzienbare tijd een regeling van de grensoverschrijdende fusie. Reorganisaties binnen een concern of een juridische fusie als methode om na een openbaar bod een eenheid te smeden kunnen dan ook grensoverschrijdend worden gebruikt. Aan dit instrument bestaat behoefte in de praktijk, zo blijkt nu en zo bleek al bij het Obergericht Danzig in 1928. Er blijven nog genoeg vragen over. Is het bijvoorbeeld al mogelijk een grensoverschrijdende fusie aan te gaan voordat de implementatiewet in werking is getreden? Geldt de fusie op grond van de richtlijn ook voor andere rechtsvormen dan de NV, BV en Europese Coöperatieve Vereniging? En kan een Nederlandse vennootschap - al of niet op grond van de richtlijn - ook fuseren met een vennootschap van buiten de EU en de EER, of met vennootschappen naar Nederlands-Antilliaans of Arubaans recht? En grensoverschrijdende splitsing, kan dat? Aan deze en talloze andere vragen zijn de bijdragen aan dit themanummer gewijd.

[\[1\]](#)

HvJ EG 13 december 2005, zaak C-411/03, Jur. 2005, p. I-10805, JOR 2006/33.

[\[2\]](#)

Richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusie van kapitaalvennootschappen, PbEU L310 van 25 november 2005.

[\[3\]](#)

Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de implementatie van richtlijn nr. 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese unie betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (PbEU L 310), Kamerstukken II (2006-2007), 30 929.

[\[4\]](#)

Zie voor een nadere bespreking van het SEVIC-arrest de bijdrage van Zilinsky aan dit themanummer, waarin ook verwijzingen naar de buitenlandse literatuur.

[\[5\]](#)

Ontkennend: P.J. Dortmond, Ontwerprichtlijn grensoverschrijdende fusies, Ondernemingsrecht 2004, p. 40-41, met literatuurverwijzingen. Bevestigend: Gerard van Solinge, Grensoverschrijdende juridische fusie, dissertatie, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 44 (1994), p. 172-178; Vlas, Rechtspersonen, Praktijkreeks IPR, deel 9 (2002), nr. 348 en Gerard van Solinge, Naar een soepeler fusierecht, in: Nederlands ondernemingsrecht in grensoverschrijdend perspectief, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 40 (2003), p. 17-37.

[\[6\]](#)

Ktr. Amsterdam 29 januari 2007, JOR 2007/88; KvK Amsterdam/BKC Holding GmbH. Zie daarover: J.M.P. Hermans en B.E.L.J.C. Verbunt, Grensoverschrijdende reorganisaties van vennootschappen, Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk 2007, p. 132-137. Aantekening verdient dat anders dan in het Duitse recht de inschrijving in het handelsregister naar Nederlands recht geen constitutief vereiste voor de fusie is.

[\[7\]](#)

Persberichten van ArcelorMittal d.d. 16 mei 2007 en 15 juni 2007.

[\[8\]](#)

Kammergericht 18. Februar 1901, Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in KostenStempel- und Strafsachen 21 A 294; Bayerisches Oberstes Landesgericht 20. Oktober 1906, Die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts 14, 357; Clunet Journal du Droit International 1909, p. 213.

[\[9\]](#)

Obergericht Danzig 18 oktober 1928, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht XXIII (1929), kolom 62-65.

[\[10\]](#)

H.G. Koppensteiner, Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht (1971), p. 256; J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einführungsgesetzbuch des Bürgerlichen Gesetzbuches, Internationales Gesellschaftsrecht, 13. Auflage, bearbeitet von Bernhard Großfeld (1993), RdNr 627.

[\[11\]](#)

Te weten de in noot 8 genoemde uitspraak van het Bayerisches Oberstes Landesgericht 20. Oktober 1906.

[\[12\]](#)

Zie de bijdrage van Van den Braak aan dit themanummer over zetelverplaatsing en grensoverschrijdende omzetting, welke beide rechtsfiguren leiden tot een wisseling van het toepasselijke recht (“nationaliteitswisseling”) in de hier door het OG Danzig bedoelde zin.

[\[13\]](#)

Vgl. mijn dissertatie, § 4.3*b* en § 4.3*e*.

[\[14\]](#)

Zie voor een uitgebreidere behandeling: hoofdstuk 2 van mijn dissertatie. Ook op het niveau van de nationale wetgeving zijn er voorbeelden van conflictenrechtelijke regelingen van de grensoverschrijdende fusie, zie hoofdstuk 4 van mijn dissertatie.

[\[15\]](#)

Verdrag nopens de erkenning van de rechtspersoonlijkheid van vreemde vennootschappen, verenigingen en stichtingen, 's-Gravenhage, 1 juni 1956, Trb. 1956, 131. Zie daarover: E.C. Henriquez, Het vennootschapsstatuut. Een vergelijkende studie over het statuut van de naamloze vennootschap in het internationaal privaatrecht, dissertatie (1961), p. 167-199 en de aldaar aangehaalde literatuur, alsook P. Vlas, Rechtspersonen in het internationaal privaatrecht, dissertatie (1982), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 23 (1982), p. 85-89 (tekst van het Verdrag op p. 169-172: bijlage I).

[\[16\]](#)

Zie verder: Vlas 2002, nrs. 32-38. Enig historisch belang komt het Verdrag toe, omdat de Nederlandse wet ter uitvoering van het Verdrag (Wet van 25 juli 1959, Stb. 256) wel in werking is getreden. Hierin werd - indirect - bepaald dat Nederland het incorporatiestelsel aanhangt, welke regel sindsdien heeft gegolden als zelfstandige regel van Nederlands i.p.r., totdat dit uitdrukkelijk werd bepaald in de Wet conflictenrecht corporaties (Wet van 17 december 1997, Stb. 699; i.w.tr. 1 januari 1998), bij gelegenheid waarvan de uitvoeringswet van 1959 werd ingetrokken.

[\[17\]](#)

Vlas 2002, nr. 32.

[\[18\]](#)

Vgl. de erkenning “buitenom” van zetelverplaatsing, zoals geregeld in art. 4 Wet conflictenrecht corporaties.

[\[19\]](#)

Rapport inzake het Ontwerp van Verdrag betreffende de internationale fusie van naamloze vennootschappen, Bulletin EG, Supplement 13/73 (Rapport-Goldman), nr. 5-6; Y. Loussouarn, La concentration des entreprises dans la Communauté économique européenne, Revue critique de droit international privé 1974, p. 247; H.R. Bener, La fusion des sociétés anonymes en droit international privé, dissertatie Genève (1967), p. 67-68.

[\[20\]](#)

Trb. 1968, 113. Zie voor de tekst ook: Vlas 1982, p. 173-177 (bijlage II). Besprekingen van het Verdrag: J.H. Diephuis en C.W.A. Timmermans, Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht 1980, Mededelingen NVIR 1980, nr. 81; Vlas 2002, nr. 39-46.

[\[21\]](#)

Vlas 2002, nr. 39.

[\[22\]](#)

Het ontwerp-fusieverdrag en het Rapport-Goldman zijn gepubliceerd in Bulletin EG, Supplement 13/73. Zie voor een uitvoerige bespreking: L. Timmerman, De internationale juridische fusie, een beschouwing over het ontwerpverdrag inzake de internationale juridische fusie, Tijdschrift voor Privaatrecht 1976, p. 289-327. Voorontwerpen van het verdrag verschenen als Werkdocument nr. 4, Doc. 16082/IV/67-F en Werkdocument nr. 7, Doc. 5873/XIV/69-F. Zie daarover: H.J. Sonnenberger, Der Vorentwurf eines Abkommens über die internationale Fusion, Die Aktiengesellschaft 1969, p. 381-386.

[\[23\]](#)

Zie over de gekozen systematiek en de grondslag van het ontwerp-fusieverdrag verder mijn dissertatie, p. 24-31.

[\[24\]](#)

Bulletin EG, Supplement 13/73, p. 117-135.

[\[25\]](#)

Toelichting bij het voorstel voor een tiende richtlijn, Bulletin EG, Supplement 3/85, p. 5.

[\[26\]](#)

Zij het echter dat de fusie naar Belgisch recht geen juridische fusie in strikte zin was, zie verder mijn dissertatie, § 3.3a.

[\[27\]](#)

Zie hierover: G. Beitzke, Internationalrechtliches zur Gesellschafts-fusion, in: Festschrift Hallstein, 1966, p. 27; Y. Loussouarn/J.D. Brédin, o.c., p. 340.

[\[28\]](#)

Y. Loussouarn/J.D. Brédin, o.c., p. 341.

[\[29\]](#)

Derde richtlijn van de Raad van 9 oktober 1978 betreffende fusies van naamloze vennootschappen, PbEG L 295/36 van 20 oktober 1978.

[\[30\]](#)

Asser-Van der Grinten II, 7e druk (1991), nr. 170e; L. Timmerman, TPR 1976, p. 289, noot 1. Reeds in 1936 werd een wettelijke regeling van de fusie bepleit door J.J. Polderman, NV 15 (1936-1937), p. 135-138.

[\[31\]](#)

Positief: W.F. de Gaay Fortman, Het nieuwe B.W. - De algemene bepalingen omtrent rechtspersonen, NV 32 (1954-1955), p. 102-105; W.L. Haardt, Samensmelting en splitsing van naamloze vennootschappen, NV 34 (1956-1957), p. 122-125. Negatief: W.C.L. van der Grinten, De rechtspersoon in het regeringsontwerp, NV 32 (1954-1955), p. 214-217.

[\[32\]](#)

Zie hierover Kamerstukken II, 16 453, nr. 3, p. 1-2. Zie over het eerste voorstel voor een derde richtlijn van 16 juni 1970: SER Advies 1972/ 6 van 19 mei 1972; Rapport van de Commissie Vennootschapsrecht van 5 juli 1971, te vinden in: J.M.M. Maeijer/J.A.W. Schreurs, Bundel NV en BV, p. VIc-29 e.v.

[\[33\]](#)

Wet van 19 januari 1983 tot regeling van de fusie van naamloze en besloten vennootschappen, Stb. 59, i.w.tr. 1 januari 1984. Nederland overschreed daarmee de invoeringstermijn, die afliep op 9 oktober 1981. De wet is gebaseerd op Wv 16 453, ook te vinden in: J.M.M. Maeijer/ J.A.W. Schreurs, Bundel NV en BV, Wetsgeschiedenis, onderdeel IXp.

[\[34\]](#)

Wet van 21 april 1987 tot regeling van de fusie van verenigingen en van stichtingen, Stb. 209, i.w.tr. 8 juni 1987. De wet is gebaseerd op Wv 18 258, ook te vinden in: J.M.M. Maeijer/J.A.W. Schreurs, Bundel NV en BV, Wetsgeschiedenis, onderdeel IXv.

[\[35\]](#)

Wet van 24 december 1997, Stb. 775, i.w.tr. 1 januari 1998.

[\[36\]](#)

Wet van 16 juni 1988 (structuurregeling grote coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen), Stb. 305, i.w.tr. 1 januari 1989.

[\[37\]](#)

PbEG C 23 van 25 januari 1985; het voorstel is met toelichting gepubliceerd in Bulletin EG, Supplement 3/85.

[\[38\]](#)

Toelichting voorstel voor een tiende richtlijn, p. 6.

[\[39\]](#)

Art. 1 lid 3 voorstel voor een tiende richtlijn, zie verder mijn dissertatie, § 5.12c.

[\[40\]](#)

Richtlijn van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor fusies, splitsingen, inbreng van activa en aandelenruil met betrekking tot vennootschappen uit verschillende Lid-Statens, PbEG L 225 van 20 augustus 1990.

[\[41\]](#)

Zie verder de bijdrage van Bellingwout aan dit themanummer.

[\[42\]](#)

Zie verder: Rapport Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie 9 januari 1990; SER-Advies 87/02 van 16 januari 1987, en mijn dissertatie, § 2.6 en hoofdstuk 5.

[\[43\]](#)

Memorandum van de Commissie inzake het Statuut voor de Europese vennootschap, Bulletin EG, Supplement 3/88, p. 5.

[\[44\]](#)

Memorandum, Bulletin EG, Supplement 3/88, p. 23.

[\[45\]](#)

Verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 21 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE), PbEG L 294 van 10 november 2001.

[\[46\]](#)

Richtlijn 2001/86/EG van de Raad van 8 oktober 2001 tot aanvulling van het statuut van de Europese vennootschap met betrekking tot de rol van de werknemers, PbEG L 294 van 10 november 2001.

[\[47\]](#)

Uitvoeringswet SE-Verordening van 17 maart 2005, Stb. 150, i.w.tr. 1 april 2005 en Uitvoeringswet Richtlijn rol werknemers van 17 maart 2005, Stb. 166, i.w.tr. 1 april 2005.

[\[48\]](#)

Zie over de SE ook de bijdrage van Vermeulen aan dit themanummer. Zie voor een uitvoerige behandeling: H.J.M.M. van Boxel (red.), De Europese vennootschap (SE), Nederlandse

civil- en fiscaalrechtelijke aspecten (2004); H.J. de Kluiver, S.H.M.A. Dumoulin, P.A.M. Witteveen, J.W. Bellingwout, Preadvies Vereniging 'Handelsrecht' (2004).

[\[49\]](#)

Richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen, PbEU L 310 van 25 november 2005. Sinds enige tijd worden de richtlijnen niet meer genummerd, zodat er niet langer van de tiende richtlijn wordt gesproken.

[\[50\]](#)

Zie verder de bijdrage van Roest aan dit themanummer.

[\[51\]](#)

Zie mijn dissertatie, § 5.4c en § 5.9.

[\[52\]](#)

Zie verder de bijdrage van Koppenol-Laforce aan dit themanummer.

[\[53\]](#)

Zie noot 2.

[\[54\]](#)

Zie noot 3. Adviezen over het wetsvoorstel verschenen van o.a.: de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie; de Commissie vennootschaprecht en Eumedion.

[\[55\]](#)

Kamerstukken II (2006-2007), 30 929, nr. 8.

[\[56\]](#)

Kamerstukken II (2006-2007), 30 929, nr. 5, p. 3.

[\[57\]](#)

Kamerstukken II (2006-2007), 30 929, nr. 7, p. 15.

[\[58\]](#)

Zie daarover: Kamerstukken II (2006-2007), 30 929, nr. 7, p. 16-17, en de bijdragen van Koppenol-Laforce, Van Boxel en Zilinsky aan dit themanummer. Zie daarover (kritisch): A.F.J.A. Leijten, Het uittreedrecht voor aandeelhouders volgens het wetsvoorstel grensoverschrijdende fusies (30 929), Ondernemingsrecht 2007, p. 305-311.

[\[59\]](#)

Zie verder: Van Solinge 2003, p. 24 e.v.

[\[60\]](#)

Kamerstukken II (2006-2007), 30 929, nr. 7, p. 7.

[\[61\]](#)

Zie verder de bijdrage van Van Boxel aan dit themanummer.

[\[62\]](#)

Kamerstukken II (2006-2007), 30 929, nr. 7, p. 1-2.